

17066

DE

SUMMI SUPPLICI

JUSTITIA ET NECESSITATE.

**DISSERTATIO INAUGURALIS
PHILOSOPHICO - JURIDICA**

QUAM

**CONSENSU ATQUE AUCTORITATE
ILLUSTRIS JURISCONSULTORUM ORDINIS**

AD VENIAM LEGENDI

IN

**UNIVERSITATE LITERARUM CAE-
SAREAE DORPATENSIS**

RITE IMPETRANDAM

CONSUETO LOCO PUBLICAE DEFENDET

AUCTOR

**LIE. BAR. REINHOLDUS
DE UNGERN STERNBERG,**

J. U. DOCTOR.

DORPATI LIVONORUM.

EX OFFICINA SCHUENMANNIA,

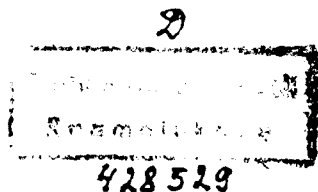
MDCCCXXXV.

IMPRIMATUR

haec commentatio, ea lege, ut quum primum ex officina prodierit, quinque ejus exempla collegio examinandis libris praeposito exhibeantur.

Dorpati, die IV. M. Maji a. MDCCCXXXV.

Dr. Carolus Eduardus Otto,
Ord. Juriscons. h. t. Decanus.



PRAEFATIO.

Jam pridem legibus universitatis nostrae, quibus ad obtinendum gradum candidati praescriptum est, ut, examine superato, exhibeatur commentatio quaedam, ad eandem materiam, quam et nunc tractare mihi propositum est, adductus, timide post tot clarissimos viros, qui insigni doctrina eximioque ingenii acumine tam egregia de eadem re in medium protulerunt, cogitationes meas in scriptione aliqua componere audebam, magis indulgentia judicum meorum, quam ullo merito proprio fretus.

Quo magis vero tenuitatem et infirmitatem opusculi ipse intellexi, eo libentius, nunc iterum occasione scribendi mihi oblata, quum ad obtinendam veniam legendi, altera expostuletur exercitatio, publice defendenda, ad prima mea studia revertor, ne opprobrio imbecillitatis etiam operis ad finem haud perducti accusationem adjungam. — Quaestionem de justitia et necessitate gravissimae poenae, scilicet poenae capitalis, ex nonnullis ejus partibus perscrutandam mihi sumsi; quae poena summum cujusque bonum tangens, maleficum superiori tradit judicio, quia crimen ejus humani judicis potestatem puniendo satisfaciendi justitiae excedit, manuque humana revelat, quod:

— caliginosa nocte premit deus.

Hor. carm. L. III carm 29.

Quod ad latinitatem aliquando durio-

rem attinet, haec pauca addenda esse puto. Sane quidem videor liberius in compositione verborum egisse, atque in lingua veteri licebat, sed ut in tot notionibus antiquitati ignotis, et sententiis, quaedum in philosophia recentiori tractantur, in deducendi et argumentandi modis porro hucusque tantopere insolitis, omnes evitarentur novae formae et termini technici barbari, effici non poterat, nisi lectoris patientia abuti vellem.

Accipias igitur, benevole lector, hoc opusculum indulgenter, vitiisque libelli materiae causa ignoscas rogo. Cuique enim maximi mementi esse debet materia illa, quia omnium civium intuitu incolumitas vitae, libertatis, bonorumque, in principiis juris criminalis, secundam justam et immutabilem theoriam, ex jure

deducendam firmatis, posita est. Utinam contingat mihi, ut otium in posterum quietemque habeam, ita ut emendatiora exhibere, et iis, quae in hoc libello manca et imperfecta sunt, melioribus et magis perpolitis operibus, veniam impetrare possim.

De principiis juris puniendi.

§ 1.

In exiguo spatio dissertationis inauguralis, ut omnia, quae a plurimis iisque excellentissimis viris conscripta sunt de re tam saepe exposita tantisque studiis elaborata, referrentur, fieri non poterat.

Paucissimae enim juris disquisitiones tam multiplici modo tantoque studio et ardore tractatae sunt, quam quaestio illa de jure civitatis puniendi, et maxime quidem morte hominem mulctandi; attamen res adhuc minime decisa est, nec, quomodo contrariarum sententiarum defensores reconciliari valeant, dijudicari potest; sed in praxi existimatio, quae jus, morte hominem mulctandi, humani judicis competentiam excedere dicit, ne in iis quidem civitatibus, in quibus plurimum adversus hanc poenam scriptum et disputatum est, perduravit; ubi autem re

vera supplicium executioni non datur, alia plerumque existit ratio, quam ejus injustitia.

Considerari potest quaestio nobis proposita primum quatenus in jure sit fundata, tum vis et effectus ejus, si respiciantur mores, denique regulae politicae et prudentiae publicae perpendendae in ipsius usu in contemplationem vocari possunt; (1) sed existimo, si quis ad mores respexerit, hos subsumi posse pro parte sub juridicis, partim sub politicis rationibus (2), nam quodcumque justum moribus quoque licitum esse debet; atque, etiam si stricto jure actio quaedam praescriberetur, quae contra aequitatem et sensum totius populi pugnare videretur, sapientis erit legislationis, et in puniendo lenioribus remediis potius quam strictissimo jure animos ad bonam frugem adducere, justitiamque reconciliare. Politice, vel ars rationem civitatis consequendi, ethices locum in eadem tenet, et institutum quoddam, si ab altera approbatum esse demonstraverimus, cum alterius praeceptis quoque convenire enuntiare nobis licebit.

1) M. Aschenbrenner über rechtliche und sittliche Zulässigkeit der Todesstrafe im peinlichen Recht. Im Archiv der Crim. Rts. Th. IV, H. III, S. 86. H. 4, S. 1.

2) Mittermaier neuester Stand der Ansichten über Aufhebung der Todesstrafen; im Archiv d. Cr. Rts. Jahrg. 1834. H. I u. II.

Argumenta, eademque saepe haud parvi momenti, ad capitis supplicium abrogandum spectantia, ingeniose composita, etsi contra vim veritatis, ab eruditissimis viris propugnatae, sustineri non possint, multum tamen fecerunt ad hujus doctrinae notiones illustrandas, rationesque firmandas, quapropter nominibus *Beccaria*, *Sonnenfels* aliisque, horum vestigia insequentibus, merita nunquam derogentur laudes. — Minoris momenti esse videntur rationes, quas qui novissimae politicae praeceptis nimis favent, protulerunt, languidae cuidam clementiae plus aequo concedentes, vel ex destinatione humani generis, cui mors praematura ob stare videatur, vel ex fine consociationis singulorum in civitate, et injustitiam et naturam poenae istius rationi contrariam probantes.

Omnis opinionum varietatis causa in eo potissimum sita videtur, quod jus in aeternum usque immutabile a nonnullis cum intentionibus politicis, quae variae et pro temporibus regionibusque maxime diversae esse possunt, confusum sit. Duae exinde prodierunt juris criminalis theoriae, absoluta et relativa dictae, quarum altera systema suum interno cum juris principiis connexu firmat, altera normas suas componit, externum earum effectum plus minusve respiciens. Ante omnia igitur

fundamenta doctrinae (1) investiganda et firmanda sunt, quibus expositis stricta cum consequentia ad evolvendas et exponendas normas inferiores transeundum. — Videamus jam, quas diversi Jureconsulti protulerint sententias, et inde, quaestione de totius juris puniendi primordiis absoluta, certiore de singulis poenis et de utilitate unius alteriusve ex iis, opinionem componere studeamus.

§ 2.

Communis plurium de jure criminali merittissimorum virorum sententia est: „poenam justam sequelam esse legis poenalis, quae, jura externa servandi causa sancita, malum sensibile violationi comminetur (2). Alii pro theoria sua

huic definitioni finem crimina impediendi, vel reum corrigendi, vel alii aliud addiderunt, vel, ex parte opposita, a sola juris auctoritate et imperio, sine respectu ad rationem civitatis et summum omnis status juridici finem, poenam deduxerunt. Conciliationem distantium opinionum non assequebantur, quia alteri poenam quidem constituunt, ad statum juris in posterum conservandum summa cum diligentia adaptatam, sed eandem solummodo ex politicis intentionibus deducendam, non tanquam officium ex ipso jure sequens, exponunt, quare justitia ejus nunquam certe ostendi poterit; alteri contra recte quidem, ut jam diximus, jus ipsum fundamentum poenarum esse contestantur, easque ex crimine colligunt, sed, necessariam et rationalem ejus intentionem negligendo, injuste agunt, quippe

-
- 1) *Grolman* über Begründung des Strafrechts und der Strafgeseztgebung. Giessen 1799; in der Vorrede. — *Savigny* über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, pag. 22. — *Böhmer* über die Wahl der Todesstrafen; im neuen Archiv des Cr. Rts. Th. IV, H. I, S. 58. — *Welcker*, die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe; in der Vorrede.
 - 2) *Feuerbach*, Lehrbuch des peinl. Rechts § 15 u. 19. 1te Ausgabe. Giessen 1808. — *Klein*, Grundsätze des peinl. Rechts. § 18. — *Grolman*, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. § 9. — *Gros* de notions

poenarum forensium. Erlang. 1798, § 18; quas sententias comp. cum opinione *Henkii*: Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, Th. I, Buch I, Abschn. 4, Cap. 1, § 61. „Man kann es ohne Ueberstimmung sagen, dass von der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit dieses einzigen Begriffs die Wahrheit oder Falschheit, die Consequenz oder Inconsequenz der ganzen Theorie, und die Festigkeit oder das Schwanken der Praxis abhängig ist“; dixit Feuerbach in revisione juris crim. praecem pag. XIX.

qui jura humana tollant sine certa ratione, quasi hoc ad consequendas summas hominum conditiones pertineat.

Definitio supra allegata in priori errore versatur; neque enim lege, nec praevia comminatione, nec mali sensualitate ad constituendam notionem poenae opus esse videtur, quia et sine lege et antecedente comminatione animadvertendi potestatem civitas habere debet, dummodo crimen commissum et culpa probata sit (1), ne unquam justitia satisfactione careat. Sensualitas autem, inter indicia poenae recepta, poenas honorem respicientes excluderet. (2) —

Nunquam pervenimus ad veram vocabuli definitionem, donec ei id, quod poena in externo consequi velimus, inseruerimus. Distinguendum

1) Jam *Plato*, de legibus IX, dixit; nullo casu et nullis momentis reum impunitum manere posse. — *Kant*: metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre, pag. 326. — *Grolman*: 1. c. § 13. — *Neumann*: Abriß des Russischen peinlichen Rechts; § 6 in der Note. — *Welcker*: 1. c. pag. 80.

2) *Kleinschrod*: systematische Entwicklung der Grundsätze des peinlichen Rechts; § 4, Anmerkung. — *Henke*: 1. c. § 49 et 61. — *Seyfried*: über Fundament und Zweck der peincl. Strafen: Würzburg 1799, pag. 33.

inter propositum *externum* legis supplicium continentis, et *intentionem internam* poenarum. (1) Pariter ac *illud* minime huc pertinet, intentio *haec* sane non discrepat a notione et fundamento poenarum; id quod etiam *Goeschelius* (2) tractavit, ubi notiones injuriae et criminis explicat, dicens: „Es ist ein transscendenter Irrthum vieler Strafrechts-Systeme, dass sie den Zweck der Strafe ausserhalb ihres Begriffes, und den Begriff der Strafe nicht in dem Wesen und dem Begriffe des Verbrechens, dem sie entgegentritt, sondern in allerlei *äusserlichen Absichten* des Gesetzes, welche von dem Inhalte absehen, zu suchen sich veranlasst finden. — Gleichwol ergiebt sich schon aus der ersten gesunden Betrachtung, die sich auch historisch an der Talion bewährt, dass nothwendig in dem Begriffe des Verbrechens auch der Begriff der Strafe, als die unmittelbare Folge des Verbrechens, sich finden muss, ohne dass sie der Mensch selbst willkürlich zu machen braucht. In dem Begriffe der Strafe muss wiederum ihr Zweck liegen, ja ihr Begriff ist ihr Zweck:

1) *Henke*: 1. c.

2) *Göschel*: zerstreute Blätter aus den Hand- und Hilfsacten eines Juristen. Erfurt 1832, pag. 429.

der Streit über den Zweck der Strafe setzt die Unwissenheit über ihren Begriff voraus.“

In fragmento citato finem poenarum ab auctore in eodem, quod et in hac dissertatione jam supra exposui, collocatum esse, patet; unde sequitur, poenam, commisso crimine quidem provocatam, ratione facti nullam praeterea habere intentionem sanam, sed e contrario, in eo animum et effectum ejus positum esse, ut, quae nascuntur e factourbationes, inoffensae saluti juris resistentes, tollat et ita juris incolumitatem restituat. (1)

Quodsi igitur poenae rationem constituere velimus, ad criminis sensum redeundum erit. Quum vero crimen rursus nihil aliud sit, nisi factum quoddam, quo status justi infringatur, ad juris definitionem nobis erit recurrendum.

§ 3.

Homines ad socialem vitam creati, libertatem suam naturalem et illimitatam conservare nequeunt. Libertas singuli cujusque libertate ceterorum omnium coërcetur, mens igitur sana quemque jubet paullulum de jure suo decedere,

1) *Kant*: 1. c. pag. 225. — *Göschel*: 1. c. pag. 416 et 475.

ut convictus omnium effici possit. Prodit inde jurium complexus, certo cuique concessorum, inviolabilium, reliquis vero non necessariorum, quorum sustentatio sanctum est officium omnium, quod, vel expressa declaratione, vel tacite obtemperando agnoscitur, et ita in jus commune sese convertit. Nemo isti officio sese subtrahere potest. „Jeder kann gezwungen werden, aus dem Naturzustande heraus, in eine bürgerliche Verfassung zu treten“, dixit *Kant* (1), et quemque imperium et ordinem ejus agnovisse sumi necesse est. Jus ergo in sensu generali, secundum hanc deductionem, possibilitatem esse dici potest coexistentiae singularum libertatum, et consistere in animo uniuscujusque, specialem suam voluntatem communi voluntati, ad sustinendum ordinem civilem expressae, accommodandi et submittendi. (2) Jus au-

1) *Kant*: zum ewigen Frieden pag. 18. Anfangsgründe der Rechtslehre pag. 162, 163.

2) *Göschel*: 1. c. pag. 11 seq. — *Gruner*: Versuch über Strafen, in vorzüglicher Hinsicht auf Todes- und Gefängnisstrafen, pag. 20 — 22. — *Welcker*: 1. c. pag. 71 seq. — De relatione juris cum libertate comp. *Montesquieu* espr. des Loix. T. I. L. 11. c. 2 et 3. *Ancillon*: zur Vermittelung der Extreme, pag. 325. — *Göschel*: 1. c. pag. 19.

tem in sensu speciali eadem illa est communis voluntas, quatenus in legibus certae cujusdam civitatis contenta et expressa est, atque pro diversa civitatis forma diverso modo manifestatur. (1)

Juris ita definitione posita; notiones injuriae criminis, juri oppositorum, sine difficultate exinde sequuntur.

Nam si jus in obtemperando consistit communi voluntati omnium, libero consensu approbatae, et in concedendis inviolabilibus quibusdam terminis, personae singulae ad juris usum necessariis, injuria omne nominari debet, quod rationali voluntati, a hominibus quoad conservandam societatem pronuntiatae, repugnat. (2)

Nullum ergo discrimen inter injuriam, quae jure civili tractatur et eam, quam criminis nomine designamus, in qualitate, sed modo in quantitate juris violati existere potest; nec in jure civili et criminali principia, sed intentiones solae in diversas partes abeunt, altero detrimentum restitutione, altero damnum intellectuale poena tollere cupiente, quum eo usque progressa sit inju-

1) *Ancillon*: l. c. pag. 351 seq. — *Montesquieu*: l. c. L. XIV.

2) *Welcker*: l. c. pag. 249 seq.

ria, ut satisfactione privata haud amplius intellectualis simul deleatur noxa. (1) Poena propterea, privatae satisfactioni opposita, satisfactio publica, juri tribuenda, nominari possit: sed hoc jam etsi sumpserimus, notio tamen vocabuli nondum a nobis exhausta esset, cujus vera definitio e notione criminis ultro emanare debet. (2) Crimen est perturbatio status juris, propriam voluntatem contra leges et principia ordinis socialis obtinendo. Quum vero leges et principia ista humanae societati penitus sint implicata, animum et vim suam adversam cuique turbationi eorum opponet, et omnia, quae iis infesta irruerint, delere conabitur. Exacuet in homine conscientiam dissidii cum ipsius natura et destinatione, ut animum suum ad restituendam concordiam compellat, quam maleficio suo interruptit. Et quomodo finem illum satius consequi possit humana societas, quam propriam ejus impiam voluntatem, tanquam jus, quod concupivit, in ipsum retorquendo, eumque, dum malum, cum violatione legis conjunctum,

1) Complures definitiones notionis criminis composuit *Henke* l. c. § 33 nota 4. — *Göschel* l. c. p. 416.

2) *Instructio Cath. II.* ad conficiendam ideam novi legum codicis § 67.

sentiatur, injuriae et impietatis suae convincendo? Ita potissimum et valorem et incolumitatem juris restituet simulque pro natura et destinatione humana aget.

Poenam igitur in sensu generali est omne malum culpam natum, ad intellectuale damnum (1), quod facinore scelesto effectum est, tollendum; deinde, in sensu speciali, malum, quod ex analogia principii supra expositi, legibus in civitate ad sustinendum ordinem juris enuntiatur. (2)

Rationem illam poenarum, intus ex criminibus perceptam, solam cum justitia concordare puto. Jam Ulpianus dixit: „Justitia est constans et perpetua voluntas, jus suum — cuique tribuendi“ (3), et divus Hadrianus rescri-

-
- 1) Damni essentialis restitutionem non juris criminalis, sed juris civilis curam esse, plures observarunt. *Welcker* l. c. pag. 251.
 - 2) Sententia in § 84 Instructionis ad conf. nov. legg. cod. contenta, opinioni meae non est contraria, quum dicit: „quidquid in lege dicitur poena, re vera est poena;“ nam secundum analogiam § 67 legibus nullam poenam nisi ex principiis supra descriptis decerni licet.
 - 3) L. 10 D. de justitia et jure.

psit (1): „in maleficiis voluntas spectatur, non exitus“; porro dixerunt jureconsulti, aequum esse, quod quisque juris in alterum statuerit, ut eodem et ipse utatur, dum ergo id, quod maleficus contra alios sibi fas esse existimavit, adversus ipsum quoque statuitur, in malo, quod sentit, injuriam suam agnoscens, simul poenae justitiam confiteri debet, et animo ita ad bonam frugem redeunte, in statum juris, quem deseruit, restituitur (2). Poena hoc modo constituta talio erit, sed non tam retributio quoad factum, quam quoad effectum ejus respectu juris; nec externum tantum restituit juris ordinem, sed finem suum plane consequitur, dum reum simul a culpa sua liberando, veniam ei et scelerum expiationem impetrat. (3) Sine poena,

-
- 1) L. 14 D. ad l. Corn. de sicariis.
 - 2) *Göschel* l. c. pag. 433. — *Henke* l. c. — *Welcker* l. c. pag. 116 seq. et 435. — Contrariam sequuntur opinionem *Beccaria* de delictis et poenis § 2. — *Feuerbach* in doctrina sua de jure criminali, et plurimi caeteri jure docti, qui jus puniendi ex jure imperii ad sustinendam securitatem et conservandum ordinem in civitate deducunt.
 - 3) Poenas criminibus secundum haec principia injungere, legislatoris et judicis est; rerum natura nimis est va-

sola principis indulgentia, etsi status quidem in civitate reddatur, culpa tamen cessare nequit, nec dignitas interna reo reddi; poenâ autem ex juré et crimine deducta, non haec modo, verum etiam omnes praeterea intentiones, quas ea consequi velimus, per se obtinebuntur (1): retributio mali commissi, quae autem non verbalis, sed, ut verbo a quibuscunque recepto utar, moralis erit, quia non ipsa noxa a malefico commissa contra eum exsequenda, sed interna requirenda est criminis cum poena aequabilitas pro quantitate violati juris. In talione (dummodo in universum locum habere possit) haec non invenietur, praeterquam si voluntas facto respondeat, nec mores et ratio rei publicae ei obstant, veluti plerumque in exsequenda regula, quae oculum oculo, dentem dente luere jubet. Praeterea poena ex jure et crimine deducta cives a criminibus deterrebuntur, quia, praeter restitutionem damni alieni (2), maleficus

ria, quam ut possit in systema recipi. Principia autem, semel agnita et approbata, in singulis quibusque constitutionibus adhiberi necesse est.

- 1) *Welcker* l. c. pag. 133. — *Seyfried* über das Fundament und den Zweck der peinlichen Strafen. pag. 72.
- 2) Num restitutio damni possibilis sit, nec ne, nihil differt. In posteriori casu poena, violatis bonis adaequata,

tantum mali perpessus est, quantum alii inferre voluit. (1) Deterrendo simul praevenietur criminibus, et obtinebitur publica securitas, porro satisfactio intuitu ejus, qui injuriam passus est, denique reditus malefici ad virtutem et justitiam, si poena permotus, suam denique voluntatem et libidinem communi voluntati submittit.

Complures a viris doctis fines poenarum fundamenti instar collocatos esse, jam supra commemoravi. Fundamentum autem, quod non ex natura rei prodiit, firmum esse non potest, quia extranea variabilia et casualia esse solent. Hinc ille dissensus partium, invicem se refutantium: quare nonnulli complures, alii omnes simul fines complectebantur in constituenda poenarum ratione (2). Liceat jam breviter praestantissimas perlustrare opiniones, quae vicissim et in foro et in theoria praevaluerunt.

animadversioni, juris laesi causa sancitae, addenda est.

- 1) Malum istud commoda crimine acquisita plerumque superabit. —
- 2) *Leyser* (Med. ad Pand. spec. 649 m. 1) singulis finibus enumeratis dixit: „Perfectissima profecto poena est, per quam omnes simul impetrantur. — Duos colligant fines *Gruner* Versuch über Strafen § 11 u. 12. — *Hobbes* de cive c. 4 § 11.

§ 4.

Inter omnes, quos jureconsulti relativas appellant theorias, plurimum habet auctoritatis, quae in deterrendo et ita civitatis securitatem conservando fundamentum et finem poenarum situm esse probat. (1) Hanc diversis rationibus plures defenderunt, quarum ingeniosissima est Feuerbachii, quam ita breviter complexus est Welckerus (2): „civitas, cujus curae est, ne jus violetur, sensuum ad peccata committenda incitamentum graviorum poenarum comminatione tollere debet; quae minae civium jura non

1) von *Dahlberg* Entwurf eines Gesetzbuches in Criminalsachen, pag. 113, — *Filangieri* scienza della legislazione, vol. IV, cap. 27. — *Graf Soden*, Geist der peiml. Gesetzgebung Deutschlands, Thl. I, pag. 60. — *Klein*, Grundsätze d. peiml. Rechts, § 9. — *Feuerbach*, Revision d. Grundsätze u. Grundbegriffe d. positiv. peiml. Rechts. — *Derselbe* ist Sicherung Zweck der Strafe, und ist Präventionsrecht Strafrecht? in *Grolmans* Bibl. des Cr. Rts., tom. I, No. 1, pag. 2. — *Derselbe*, über Strafe, als Sicherungsmittel vor der künftigen Beleidigung des Verbrechens. — *Gruner*, Versuch über Strafen, in vorzüglicher Hinsicht auf Todes- und Gefängnisstrafen, § 11.

2) *Welcker* l. c. pag. 214.

restringunt, sed, ut effectum habeant, in quoque casu exsequendae sunt. Exsequi eas autem licet propter consensum malefici cum comminatione ex jure necessarium. — Poena hoc modo contra omnes maleficos tutatur, ejusque norma est periculum civitatis“. (1)

Si vero Clarissimus ille juris criminalis Instaurator ita argumentatur (2): „Finis civitatis reciproca est omnium civium libertas, vel status, quo nemo juribus suis uti impediatur, exceptis iis, quorum renuntiationem civilis constitutio jam expostulet; quaeque igitur juris violatio contraria est naturae et rationi civitatis, quare jus et officium statum justi conservandi, ejusque eversionem impediendi, magistratibus ejus attribuendum est, et inveniendum remedium, quo omnes pacis et juris disturbanceiones prohiberi possint:“ vi et impedimentis externis nunquam id eventurum esse patet, quia haec et jura et potestatem civitatis transgrediuntur; quaerendum igitur, possintne per animum et concupiscendi facultatem homines commoveri, ut jus violare nolint? Si, dico, in *deterrendo*

1) *Comp. Wieland*, Geist der peiml. Gesetze, § 258.

2) *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Thl. I, pag. 39 ff.

tantum Feuerbachius tale remedium reperisse putat, non sine causa quaestio ei opponitur, num, si finis ille, in quem solum remedium istud repositum habet, non impetretur, remedium ejus justum sit? Deinde, etiamsi ponamus finem poenarum hoc modo semper obtineri posse, num finis agendi juris unquam titulum praebere possit? (1) Postremum, ane in absurdum nos perducant theses istius consequentiae? Brevis de his quaestionibus in sequenti paragrafo disseram.

§ 5.

Si finis poenarum in securitate civitatis obtinenda ponitur, probandum puto, poenas finem illum consecutas esse, nec, si minus, eas justas esse posse. (2) Quod ad psychologiam prohibitionem criminum committendorum, i. e. eam, quae per concupiscendi facultatem vim suam exercet, attinet, infirmari quidem non possumus, quod experientia saepe docuit, poenae comminatione homines a juris alieni

1) *Aschenbrenner*, das peint. Recht gehört zum Staatsrecht; im Archiv d. Cr. Rts. tom. IV, pars 1, pag. 92.

2) *Henke* l. c. § 20. — *Göschel* l. c. pag. 131—133. — *Grolman*, über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, pag. 9 u. 63 ff.

violatione retineri posse, sed tamen haec consecutio minime necessaria est, nec semper evenit. Sensuum enim potestas, quae a criminibus committendis vi poenarum retineri debet, cupidine accensa, ipsa omnes supplicii nervos rescindit; et praeterea longe abest, ut omnium delictorum origo quaerenda sit in libidine effrenata; quamquam multa, immo plurima ex hoc fonte nascentur, tamen et summa egestas et vitae taedium et nonnunquam poena ipsa (1), vel alia quaedam causa, consilium delinquendi excitare possunt. Quid igitur de effectu poenarum in deterrendo positum aestimandum erit, si saepenumero minime deterreant, et contra, praeterquam quod sensus naturales repetita coercitione hebetentur, sub ipso patibulo et in conspectu executionis poenarum, nova meditentur et committant scelera homines nefarii? Fueritne poena tum justa? — Certe objicietur mihi, quod poena, quamquam non in omnibus casibus reprobata opprimat cupides, tamen, quum nihil aliud reliquum sit, a civitate sit adhibenda, donec melius reperiat remedium; vel, ut nonnulli

1) Atrox poena saepius ad iram et ultionem, quam ad poenitentiam accendit animos effrenatos, et vitae taedium haud raro ad crimen committendum permovet infelices, ut pompa quadam vitae sibi exitum parent.

dixerunt, majus detrimentum minori sit tollendum (1): sed oppositio ista hoc tantum probat, finem laudatum coercionibus non semper obtineri; quod si ita est, fundamentum poenae a nobis quaesitum, in deterrendo situm esse non potest. Vera civitatis salus ex justitiae auctoritate pendet; hanc sustinere ei necesse est. Nullum autem jus injuria firmatum in civitate existere potest, quia jura sincera nunquam sese oppugnant. Sequitur ergo, quum poenae laesionem contineant ad majorem laesionem avertendam, et idcirco jura et libertatem civium restringant, aliud iis subesse debere fundamentum, quam illum finem. Sed accepto quoque, quem in altera quaestione paragraphi praecedentis posuimus, casu; nihilominus tamen exceptio modo allata valet, nec praevia comminatione poenae debilitari potest. Quaeritur enim, unde jus minitandi et tum minas exsequendi civitati competat? Nemo respondent, ex tacita conventionione et consensu civium auctoritatem illam deducendam esse (2), nam juri tantum et ex

-
- 1) *Michaelis*, mosaïsches Recht, Thl. 6, in der Vorrede.
— *Pfizer*, Beiträge zum Behuf eines Criminal-Gesetzbuches. — *Thibaut*, Kritik der Feuerbachschen Theorie.
 - 2) *Gros*, dissertatio jurid. de notione poenarum forensium.

jure sequentibus remediis ad pacem tuendam cives adsentiri potuerunt, non vero injuriae: et si quis dicat: sed, mehercle, facultate puniendi experts civitas obligationes suas complere nequit; nihil dixerit, quia hic quaestio non est de necessitate poenarum, quam nemo dubitat, sed de earum fundamento et jure, nunquam autem jura necessitas tribuit.

Quaeramus tertio, quem modum puniendi indicet deterrendi ratio et quaenam exinde sequantur? Fine pro fundamento habito, remedium quodque, ad propositum consequendum aptissimum, prae ceteris quoque approbandum esse, neminem certe fugit; sed hoc concessio quo perducimur? ubinam cruciatuum limites erunt? nonne crudelissima poena justissima erit, quippe quae finem suum potissimum assequatur? (*) Metus omnia dirigit et perfectam constituet tyrannidem. — Quis huic opinioni barbarae, civitatum consilio plane contrariae, consentire velit? — Sunt denique casus,

§ 10: „Jus puniendi sequitur ex consensu civium, per necessitatem poenarum conditionato. Vide etiam § 7 ibid.

*) *Borst*, Versuch einer neuen, rein rechtlichen Darstellung des Strafrechts. Nürnberg 1811, pag. 6 ff.

ubi metus poenae, immo atrocissimae, omnem vim amittit, quae, quum semper rem amatam, ejus jactura dolorem affert, postulet, nullum effectum habere potest, si quis aut nulla bona possidet, aut ea contemnit, aut pluris quam cactera omnia aestimat. (1)

§ 6.

Plerique ex jure defensionis, civitati a singulis traditae, poenarum et juris deterrendi rationem colligendam demonstrarunt (2), quam theoriam omnes fere ultimi supplicii adversarii sequuntur, plurimum ponderis in pacto sociali et consensu civium collocantes. Neminem vitae suae dominum esse dicunt, quapropter neque civitati potestatem eam adimendi tradi potuisse (3); reipublicae praeterea ad

1) Comp. *Püttmann*, de poenis exemplaribus. Lipsiae 1787. — *Wieland*, Geist der peinl. Gesetze, § 309.

2) *Wieland* l. c. § 294 seq. — *Kühn*, vom Recht über Leben und Tod. Leipzig 1788, pag. 18. — *Klein*, Nachtrag zu Quistorps Grundsätzen des peinl. Rechts. I., pag. 426. — *Filangieri* l. c. — *Kleinschrod* l. c., pars II, § 9. — *v. Almendingen*, Darstellung der rechtl. Imputat. pag. 148.

3) *Beccaria* l. c. § 16. — *Gruner* l. c. pag. 37.

finem suum obtinendum morte civis omnino opus non esse (1); minimae parti libertatis et jurium quemque renunciare voluisse, morte autem omnia simul jura tolli; omnes cum universae civitatis salute etiam singuli cujusque prosperitatem conjunctam esse voluisse, praematura autem morte destinationem hominum supprimi; e. q. s. r. — (2) Sed antecedentibus veritatem in se haud continentibus nec ea quae sequuntur vera esse possunt: si juris puniendi fundamentum non ex consensu civium pendet, nec singula poena inde aut deduci, aut denegari potest. De vero fundamento juris puniendi jam supra mentionem feci, quare dicta repetere opus non erit. Justitiae dominatio, et in ea pax et securitas omnium, summa est civitatis norma; huic quivis se submittere debet; quod inde sequitur, recipiatur oportet; restat modo demonstrare, capitis poenam jure necessariam esse; de qua re infra, hic modo re-

1) Quod copiosius Comes de *Soden* refutavit in dissertatione inscripta: Die Todesstrafe vom Verfasser des Geistes der peinl. Gesetze Deutschlands. Nürnberg 1831.

2) *Eschenmayer*, über Abschaffung der Todesstrafe. Tübingen 1831. — *Neubig*, die rechtswidrige Todesstrafe und die rechtmässige Hinrichtung. Nürnberg 1833. — *Grohmann*, über das Princip des Strafrechts. Carlsruhe 1832.

petam, quod celeberrimus Kant (*) jam dixit, „varias esse personas, civis pactum sociale ineuntis (homo noumenon), et civis crimen committentis (homo phaenomenon), quippe qui patiatur, quod ex jure in prima qualitate agnito ei imponitur. Nemo sane vitae suae potestatem habet, sed nihilo minus potestatem crimen committendi tale, quod morte sola plecti possit, quo commissio est perinde, ac si vitam sibi jam ademisset. Si quis summam civitatis et ejus incolarum salutem spectat, ante omnia justitiam spectare debet, et si haec summam supplicium expostulet, hanc quoque poenam ratam habere non recusabit, quominus in se respublica culpam malefici suscipiat. Propter praesumptam singuli destinationem, quam peccando ipse jam neglexit et deseruit, tota societas suam omittere nequit, quae in exercenda justitia consistit, et id eo minus, quum reum simul unica via privaret, semet ipsum cum jure reconciliandi et ita ad veram suam destinationem pervadendi.

*) Kant, *Metaph. Anfangsgründe der Rechtslehre*. Königsberg 1798. pag. 233. — *Tieftrunk*, *philos. Untersuchungen über die Tugendlehre*. II. pag. 454.

§ 7.

Varios praeterea conatus ad doctrinam illam, ex qua in deterrendo puniendi causa conspicitur, firmandam, plerique auctores paraverunt; multi etiam alia argumenta relativa juri puniendi supposuerunt, quae, saepe jam tractata debilitatisque suae convicta (*), silentio transmit-

*) *Welcker* l. c. pag. 228 seq. — *Henke* l. c. § 21. — *Weber*, *Beitrag zur Revision der Grundsätze der Strafgesetzgebung*, im neuen Arch. d. Cr. Rts. Th. 6. pag. 450 seq. — *Köppen*, *Rechtslehre* pag. 122—131. — *Mittermaier* im neuen A. d. Cr. Rts. Th. 4. p. 91. seq. — Sententiam auctoris, ex philosophia nunquam codicem poenalem hauriri posse, sed publica sapientia legislatorem regi, contrariam mihi esse non puto, sed ita intelligendam, ut abstracta quidem philosophia huic fini parum prodesse possit, politice autem, quae legislatorem regit, non externa et ex conditionibus casualibus pendens, sed certis principiis, ex philosophia et experientia deductis, munita esse debeat. Principia illa eadem erunt, quibus etiam poenarum ratio nititur, intelligo recti et justi imperium. — Caeterum infitias ire non possumus, conditionibus quibusdam, maxime vero excitatis et promotis populo insitis ingenii viribus, remedia ad exsequendum legislatoris consilium mutari posse, sed tamen non in omnibus casibus hoc fit; nam puto existere crimina, quae, velut homicidium, semper eandem exposcant vindictam, nec prius capitis poenam tolli posse, quam dum nulli in civitate contingat mors

tenda putavi. Prae caeteris insigne est Grolmani systema (*), in praeveniendo positum, quod cum deterrendi ratione comparavit Welckerus, et diversitatem systematum in eorum consequentiis demonstravit, cum nempe hoc sub levioribus ineitamentis leniores, illud autem eo graviores poenas imponere cogatur. Systema illud ad verum fundamentum poenarum prope accedit, dum castigatione voluntatem impiam, delinquendo probatam, coercere et maleficum in posterum a peccando retinere vult. In eo tantum minus perspicuum videtur, quod poenam infligendam ad crimen verisimile futurum referat, non vero ad certum maleficium in praesenti commissum.

Absolutae juris puniendi theoriae, quas Kant, Henke aliique proposuerunt, haud magis probari possunt, quippe quae nimis in damno essentiali ejusque resarcitione occupatae sint,

scelere illata. — Comp. Instr. Cath. II. ad conf. nov. leg. cod. § 208.

- *) *Grolman* über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung. Giesen 1799 et *idem*: Sollte es denn wirklich kein Zwangsrecht zur Prävention geben? in *Grolmans Arch. f. Gesch. u. Philos. d. Rts.*; tom. I, pars 1 et 2. — Comp. *Müthel*, Handbuch des Livl. Criminalrechts. Dorpat 1827. § 3 et § 15. — Instr. Cath. II. § 83, 201, 240 et 241.

intellectualem autem partem criminis, magni verumtamen momenti, praetermittant. Civitatis nimirum et jam extrinsecus magis interesse debet, *voluntatem* improbam, quae ad crimina compellit juriq[ue] universo interitum minatur, exstinguere, et omnia simul delicta futura reprimere, quam singulum damnare crimen, quod saepenumero privata satisfactione lui possit. (1) Absolutae theoriae defensores in crimine solo omnia sita esse volunt juris puniendi argumenta, hoc poena coercendum censent; quum vero respectu facti nulla *puniendi* ratio demonstrari possit, quia intentio sana deficit (2), restitutioni tantum locus esse videtur. Poena hic ultionis naturam haberet, cujus in ordinata civitate ne mentionem quidem fieri licet.

De poenae capitalis justitia.

§ 8.

In paragraphis praecedentibus demonstrare conatus sum, rationem (3) poenarum sitam esse

1) *Welcker* pag. 197 seq.

2) *Mittermaier* l. c. pag. 95, 96.

3) Finem et fundamentum rei in plurimis casibus synonyma

in jure violationem crimine illatam damnumque intellectuale exinde ortum poena quasi tollendi; instat jam quaestio: sintne omnino casus, in quibus ad noxam istam avertendam capitis supplicio opus habeamus? quo probato simul justitiam et necessitatem illius poenae concedendas puto.

Quaestio autem posita ex testimoniis experientiae et autorum maxime colendorum affirmari posse videtur, et quidem primo loco in *homicidio*. Instructio Catharinae II., Celeberrimae Russorum Imperatricis, ad novum codicem conficiendum, caeterum aversissimi a summo supplicio animi (§ 209 seq.), dicit; „qui hominis vitam nihili existimavit, ejus vita quoque nihili habeatur“, et alio in loco (§ 79): „Ille civis meretur plecti morte, qui securitatem eo usque infregit, ut vel privare aliquem vita, vel privandi saltem consilium agitare, ausus fuerit“. — Qui cum vita omnia simul jura alius hominis sustulit, ei nulla jura tribuenda sunt (*); sanguis effusus una cum violata ju-

esse, jam hoc demonstrat, quod eodem verbo in ambobus significationibus utebantur Romani; vide supra § 3.

*) Hinc illud jus sicarium necandi, parentibus et propinquis potissimum concessum, dum constitutiones civiles nondum ordinatae fuere; hinc etiam consilium Roma-

stidia vindictam exposcunt, et, quum vitam hominis vita sola compensare possit, morte homicida crimen suum luat, dummodo consilium caedis habuerit, vel ex facto ejus caedes necessario prodire debuerit. Instrumenta aliaque casualia in considerationem non cadunt, dummodo libera voluntatis determinatio comprobata sit. — Excipiuntur ab ista regula infanticidium et commilitonicidium in certamine singulari (1), sed hic non juris, sed morum obstant argumenta.

Crimina contra *libertatem* capite plecti debere, ut Aschenbrenner (2) existimavit, si quis eo animo hominem rapuerit, ut servum eum faceret, ex principiis nec retributionis, nec intellectuales damni restitutionis sequi intelligo, nam est in libertate malefici compensatio, qua facinorosis sui poenas solvere potest. „Poena non ex ar-

norum parricidam poena capitali atrocissima afficiendi, quum eum non juribus modo, sed elementorum adeo usu privandum existimarent. L. un. Cod. de his qui parent. vel. lib.

1) Kant, Rechtslehre pag. 334.

2) Aschenbrenner cit. diss. im Arch. d. Cr. Rts. Th. IV. II. 3. pag. 112.

bitrio legislatoris, sed ex ipsa re profluat necesse est; omnis severitas fines hos excedens est inutilis et consequenter tyrannica“, dixit Catharina I. c. § 67 et 207.

Crimen, quod in *sanae mentis privatione* consistit, in codice Borussico (*) morte coercitum, potius hanc poenam mereri videtur; mens enim et ingenium humanam naturam constituunt, quibus ademptis bestiarum tantum species restat, unde *animi occisio* tale crimen dictum et non injuria homicidio aequiparatum est.

Vis externa, quam mors non insecuta est e. g. stuprum violentum, summo supplicio causam dare nequit, nam opprobrium fieri tunc possit, juribus reum privatum esse, quorum violandorum animum nunquam habuerit, juribus tam inaeestimabilibus, quam irreparabilibus, cum tamen facinus ejus, honorem et libertatem attingens, nec restitutionem seclusisset, nec poenam justam ex honore, libertate et integritate rei sumendam.

Vel minus adhuc ultimum supplicium locum

*) Pars II, tit. 20, § 801.

habere potest in omnibus honorum externorum laesionibus, veluti in raptu, furto aliisque damnis, nec inaeestimabilibus nec irreparabilibus. Aliter vero res sese habet, quum ad violationem honorum vitae periculum accesserit, ut in *latrocinio violento* cum caede conjuncto, vel quum, vitae periculo quidem remoto, hoc tamen malefico nihil proficere possit, quia facinus ejus, secundum naturalem rerum ordinem, verisimillime necem asferre debuisset, ut in *incendiis insidiosis* aedificii inhabitati. Tamen et in hoc casu summum supplicium injustum foret, si re vera nemo vita privatus esset.

§ 9.

Difficilior, quam in privatis delictis, quaestio de adhibenda capitis damnatione in publicis delictis erit, cujus decisionem, num et quatenus poenae isti locus esse possit, constitutio cujusque civitatis pro parte, ut apparet, determinare debet.

Uberiorem disquisitionem delicti, saepius jam pertractati (*), hic nemo expectabit. Suf-

*) *Feuerbach*, Lehrbuch des peinlichen Rechts. § 162 bis 205.

ficiet ad finem nostrum divisio, a plerisque recepta, in crimen contra rem publicam in specie sic dictum, seu perduellionem, in crimen laesae majestatis et in crimina contra singulas civitatis auctoritates. Primum universam civitatem (die moralische Person des Staates) vel personam regnantis qua talis, alterum personam physicam imperantis vel principis reipublicae, tertium singulas potestates toti civitati seu imperanti ad ordinem sustentandum competentes tangit.

Quum vero indicium utilitatis et justitiae poenae cujusdam, respectu gradus et amplitudinis ejus, in periculo positum esse constet, quod ex facto doloso tam in universam civitatem, quam in singulum quemque civem redundat, certum est, ea tantum delicta publica morte esse plectenda, quae revera ordini juris dissolutionem, singulorum omnium incolumitati interitum minitentur rationemque tollant, cujus causa homines civitatis nexum intraverunt. Hinc in plurimis civitatum constitutionibus primum tantum delictorum genus, perduellio scilicet, summum secum ducet supplicium; i. e. omne factum, quod intentionem habet constitutionem civitatis, sponsorem integritatis jurium civibus concessorum, evertendi, sive hoc fiat

interna dissolutione, sive proditione, sive naturali vel intellectuali nece regnantis. Disturbatio talis jurium omnium in civitate ita ex-
piari debet, ut malefico omne adimatur jus.

Alterum contra publicorum delictorum genus, crimen laesae majestatis appellatum, personale magis delictum esse videtur, quod pro excelsiore positione laesae personae aggravatum est. Potest autem et id in veram perduellionem converti, simul ac, uti e. g. in imperiis monarchicis absolutis, persona regnantis universam repraesentat civitatem, et in eadem praesertim securitatis et salutis civium sponsio reposita est. (*)

Minus adhuc, quam crimen laesae majestatis, delicta adversus singulas auctoritates seu potestates imperii, veluti crimen ambitus, delicta monetaria, vindicta privata, tumultus et seditio-
nes aliaeque, capite punire justum et ratum

*) Descriptio criminis laesae majestatis apud Feuerbachium l. c. § 173, tanquam usurpatio jurium summi imperii, minus videtur propria esse criminis laesae majestatis species, quam concursus hujus delicti et criminum adversus auctoritatem publicam. — Comp.

esset, dummodo in perduellionis naturam haud transierint.

§ 10.

Exemplis citatis sufficienter jam demonstrasse existimo, casus occurrere posse, in quibus ad restitutionem juris et conservandum animum civilis consociationis, summo supplicio uti necesse sit. In fine hujus partis libelli mei quaestio denique breviter attingenda erit, — unde, justitia supplicii ultimi concessa, *civitas* ejus exsequendi potestatem acceperit? Feuerbachius dixit, hanc potestatem descendere ex antecedente comminatione (vide supra § 5); quam tamen statuere non potui, quia causam ejus non intellexi; sed responsum ad illam quaestionem in prioribus jam contentum esse puto.

Si enim verum est, civitatem esse constitutionem jure fundatam, ad adsequendam destinationem hominum necessariam, si prae-

Kleinschrod über den Begriff und die Strafbarkeit des Hochverraths, im Arch. d. Civ. Rts. Th. I. H. 1. n. 2. § 5. — *Aschenbrenner* l. c. § 13.

terea concedi debet, civilem consociationem existere non posse, nisi si singulus quisque parti jurium suorum in usum publicum, maxime vero privatae vindictae et defensionis reservatorum jurium possessionis, renuntiaverit; si porro curam et obligationem istam civitas, simul cum onere justitiam, tanquam fundamentum universale consociationis, sustinendi, in se suscepit: ex rerum natura jam sequitur, civitati etiam omnem potestatem ad explenda officia sua necessariam concessam esse debere. — Per eodem argumento jam facultas, summum supplicium adhibendi, deducenda est, dummodo uno vel altero criminum in § praecedente enumeratorum status juris tantopere infractus fuerit, ut sola morte malefici hic status restitui, damnum intellectuale tolli, et reus ipse, tanquam homo et civis, cum meliori sua voluntate reconciliari possit. (*)

§ 11.

Quinam supplicii modus adhibendus sit, ad aliam disquisitionem pertinet, cum ex ethi-

*) *Kant*, Anfangsgründe der Rechtslehre; in appendice § 5. — *Aschenbrenner* l. c. § 7.

ces principiis haec quaestio dijudicanda sit. Inspiciatur de ea tractatus *G. W. Böhmerti* in novo thes. j. crim. (tom. 4 pag. 56 et 343, tom. 5 pag. 559, tom. 6 pag. 65) de electione poenarum capitalium.

Si norma poenarum, juxta improbitatem voluntatis, ex quantitate juris laesi petenda est, poena nunquam plus efficere potest, quam omne jus reo adimere. Qui finis poenae simplici morte impetratur, quare hanc tantum maleficus jure subire potest, cruciatusque omnes qualificationum (s. v. v.) capitis poenarum removendi sunt. Omne malum ad notionem legitimi supplicii minus necessarium evitetur; in executione poenae ratio habenda est malefici mortem subituri ejusque familiae, exsecutoris poenae, testium et spectatorum supplicii, denique totius societatis. Quare officium imponitur supremae potestati, tam accelerandi executionem, quam eam certam reddendi, ita ut irrita fieri nequeat, uti etiam curandi, ut sine cruciatu quam facillime peragatur, ne plus mali in perpetiendis doloribus, qui mortem praecedunt, quam in morte ipsa, cernatur. Quam sententiam Seneca (de benef. II, 5) jam his verbis tulit: acerbissima crudelitas est trahere poenam et misericordiae est cito occidere.

T H E S E S.

- 1) Juris normae, quae in populo ortae sunt, in civitate bene instituta, ut adhibere eas liceat, legis sanctionem habere debent.
- 2) Regna nostrae terrarum partis in jure fundata sunt (sind Rechtsstaaten), ergo ex jure quoque hauriendae poenarum sanctiones, non ex consiliis casualibus.
- 3) Ex notione juris constat, non delictis solummodo, sed omni injuriae, poenam irrogandam legibusque poenali-bus ad crimina puniendae opus non esse,

ut a Feuerbachio (Lehrbuch d. peinlichen Rechts § 20) affirmatum est.

- 4) Summum supplicium necessarium est consilium adversus crimina ad sustinendam securitatem et justitiam in civitate.
- 5) In casibus criminalibus laesionem passo jus concedi nequit, paciscendo inquisitionem adversus reum opprimendi poenamque avertendi.
- 6) In suicidium nulla poena statuenda est.
- 7) Crimina contra rem divinam, non quia Deo, sed quia legibus contraria sunt, puniuntur.
- 8) Aequitas minime juri contraria, uti videtur, sed vehiculum est, quo vera et sincera justitia adversus jus

abstractum et ita in injustitiam transversum defenditur.

- 9) Civium aequalitas non in juribus et conditionibus paribus, sed in legibus, quibus pareat quisque, cernitur.
 - 10) Pactum antichreticum, jure romano probatum, et tacite iniri potest, et creditori jus praebet, fructibus rei pignori datae utendi, sine ulla obligatione ad reddendas rationes, si fortasse fructus legalem modum usurarum excedant.
-